Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Rechtsanwalt *Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Dr. Josef Christ,* Richter am BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff*, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow*, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

9 2013

Seite 1–10

32. Jahrgang

1. Mai 2013

Dipl.-Volkswirt Dr. iur. Armin Steinbach, LL. M.*

Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen

Die neue gesetzliche Regelung zur straffreien Beschneidung von Jungen kann zumindest verfassungskonform ausgelegt werden. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die bestehende Rechtsunsicherheit angesichts uneinheitlicher Rechtsprechung. Die Regelung bringt die widerstreitenden Grundrechte im Wege der praktischen Konkordanz in einen Ausgleich. Aufgrund des Gewichts von Elternrecht und Religionsfreiheit sind religiös motivierte Beschneidungen demnach unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Zweifel bestehen hingegen an der Verfassungsmäßigkeit von rein hygienisch motivierten Beschneidungen.

I. Einleitung

Das vom *LG Köln* ergangene Urteil[1] zur Strafbarkeit der religiös motivierten Beschneidung von Jungen hat eine kontrovers geführte öffentliche Debatte ausgelöst[2]. Der Gesetzgeber reagierte und forderte die Bundesregierung in einem fraktionsübergreifenden Antrag zur Vorlage eines Gesetzesentwurfs auf[3]. Daraufhin legte die Bundesregierung einen Gesetzesvorschlag zur Einführung eines § 1631 d BGB vor, nach dem die medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen straffrei sein sollte[4]. Außerdem wurde aus der Mitte des Bundestages ein weiterer Gesetzesentwurf von einer Gruppe aus 66 Bundestagsabgeordneten vorgelegt, der die Beschneidung vor dem 14. Lebensjahr verbieten und danach an die Zustimmung des Kindes gebunden sein sollte[5]. Für den Gesetzesentwurf der Bundesregierung votierten bei 46 Enthaltungen 434 Abgeordnete, 100 stimmten dagegen – der alternative Entwurf fand keine Mehrheit[6]. Anders als im Plenum des Bundestages lässt das Meinungsbild unter der Bevölkerung hingegen eine knappe Mehrheit gegen die Beschneidung erkennen[7].

Das vom Bundestag beschlossene Gesetz stellt im Recht der elterlichen Sorge in §§ 1626 ff. BGB durch die Einfügung einer neuen Vorschrift klar, dass die Personensorge der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn im Einzelfall durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dafür vorgesehene Personen die Beschneidung vornehmen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und für die Durchführung der Beschneidung einer Ärztin oder einem Arzt vergleichbar befähigt sind.

Im Schrifttum wird die Diskussion über eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung von Juristen[8] und Medizinern[9] schon seit Längerem kontrovers geführt. Im Wesentlichen bestehen zwei Anknüpfungspunkte, um eine Straffreiheit zu begründen. Zum einen kann eine Beschneidung als „sozialadäquat“ angesehen werden, was bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfallen ließe. Zum anderen kann die Beschneidung gerechtfertigt sein, wenn die Eltern damit über ihr verfassungsrechtlich verankertes Elternrecht eine Entscheidung zum Wohle des Kindes treffen. Bis zur Entscheidung des *LG Köln* stellte die Beschneidung für die überwiegende Auffassung im Schrifttum eine nicht gerechtfertigte Körperverletzung dar; die Beschneidung könne sich weder auf eine „Sozi-

* Der Autor forscht an der Harvard University am Center for European Studies.

1 *LG Köln*, Urt. v. 7. 5. 2012 – 151 Ns 169/11, NJW 2012, 2128 = NVwZ 2012, 1424 L = NStZ 2012, 449; dazu *Hassemer*, ZRP 2012, S. 179 ff.; *Hochhuth*, NJW 2012, Editorial Heft 29.

2 Vgl. nur *Walter*, „Beschnitten“, FAZ v. 12. 7. 2012; *Kreise*, „Die Kunst der Zirkumzision“, SZ v. 19. 7. 2012; *Mansour*, „Stellt Euch der Debatte!“, Die Welt v. 19. 7. 2012.

3 BT-Dr 17/10331.

4 BT-Dr 17/11295.

5 BT-Dr 17/11430.

6 BGBl I 2012, 2749.

7 Spiegel-Online, Beitrag v. 19. 7. 2012, „Beschneidungsverbot entzweit Deutsche“.

8 *Putzke*, in: Festschr. f. Herzberg, 2008, S. 696 ff.; *Jorzig*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V., Die Zikumzision im Spannungsfeld zwischen Glaubenstradition und StrafR, 2011, S. 177 ff.; *Gropp*, StrafR AT, 2. Aufl. (2001), 6/231; *Exner*, Sozialadäquanz im StrafR, 2011; *Putzke*, MedR 2008, 268 ff.; *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 ff.; *Herzberg*, ZIS 2010, 471.

9 *Stehr/Putzke/Dietz*, DÄBl 2008, 1778 ff.; *Schreiber/Rösch*, in: *Steffens/Langen*, Komplikationen in der Urologie 2, 2005, S. 346.

aladäquanz“ berufen, noch entspräche die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung dem Kindeswohl[10]. Das *LG Köln* hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Die überwiegende Literaturmeinung und das aktuelle Urteil stehen damit im Kontrast zu dem im politischen Raum bekundeten Wunsch, Juden und Muslimen die Beschneidung straffrei zu ermöglichen. Erst im Nachgang zu der Entscheidung des *LG Köln* hat sich die überwiegende Kommentierung im juristischen Schrifttum gegen eine Strafbarkeit ausgesprochen[11].

Vor dem Hintergrund des Urteils des *LG Köln* soll dieser Beitrag eine verfassungsrechtliche Bewertung der neuen gesetzlichen Regelung liefern. Zu diesem Zweck sollen in einem ersten Schritt die bisherige unklare Rechtsprechungspraxis skizziert (II) und auf dieser Grundlage die bisherigen Ansätze zur Begründung oder Verneinung der Strafbarkeit der Beschneidung analysiert werden (III). Darauf aufbauend soll im Wege einer verfassungsrechtlich gebotenen „praktischen Konkordanz“ der widerstreitenden Grundrechte ein Ansatz entwickelt werden, der eine Kasuistik von religiös motivierten Fremdschädigungen ermöglichen soll und die Verfassungsmäßigkeit einer Beschneidung von Jungen aufzeigt (IV). Im Ergebnis ist die neue gesetzliche Regelung zumindest insoweit verfassungskonform, als es um religiös motivierte Beschneidungen geht. Eine bloß hygienisch motivierte Beschneidung begegnet indes verfassungsrechtlichen Bedenken, könnte jedoch im Wege der verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift ausgeschlossen werden.

II. Uneinheitliche Rechtsprechung zur Beschneidung von Jungen

Die bisherige Rechtsprechung zur Strafbarkeit religiös motivierter Beschneidung trug nicht zur Rechtssicherheit bei. Auf der einen Seite ließ eine Reihe von Urteilen die grundsätzliche Straffreiheit von kunstgerecht durchgeführten Beschneidungen erkennen: Das *LG Hanau* bezeichnete die Zirkumzision als eine „gute Tradition“, die „dem Vorbild des Propheten“ folge und der der „Makel der Rechtswidrigkeit“ fehle[12]. Das *OVG Lüneburg* ließ den Schluss zu, dass die Zirkumzision entweder als sozialadäquat oder als über die elterliche Einwilligung gerechtfertigt anzusehen ist. Insbesondere rekurrierte das Gericht auf seine frühere Entscheidung, wonach die Zirkumzision ein unter Muslimen auftretendes, und mit der Taufe vergleichbares Ereignis ist, welches schon nicht als medizinische Behandlung zu werten sei[13]. Das *OLG Frankfurt a. M.* setzte sich mit der Einwilligungsfähigkeit auseinander und kam zu dem Ergebnis, dass über diese im Einzelfall zu entscheiden sei, jedoch bei religiös bedingten Einwilligungsfragen in Anlehnung an § 5 RelKEG mit Vollendung des zwölften Lebensjahres anzunehmen sei[14].

Während die vorgenannten Urteile auf der Linie einer Straffreiheit der Beschneidung von Jungen lag, stellte das *LG Frankenthal* fest, dass zumindest der durch einen Nichtmediziner unter unsterilen Bedingungen durchgeführte Eingriff gegen das Kindeswohl verstoße und daher nicht mehr von dem elterlichen Sorgerecht gedeckt sei[15]. Schließlich entschied das *LG Köln* zuletzt, dass die Beschneidung eines muslimischen Jungen trotz Einwilligung der Eltern eine tatbestandliche Körperverletzung darstelle und nicht durch die Einwilligung der Eltern gerechtfertigt sei, weil sie nicht dem Wohl des Kindes entspreche. Denn im Rahmen einer vorzunehmenden Abwägung überwiege das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit die Grundrechte der Eltern. Ihre Religionsfreiheit und ihr Erziehungsrecht würden nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten seien, abzuwarten, ob sich das Kind später selbst für eine Beschneidung entscheidet[16].

III. Ansätze zur Straffreiheit von Beschneidungen

Angesichts geringer Orientierungshilfen seitens der Rechtsprechung ist die Diskussion zur Strafbarkeit der Beschneidung in der Literatur kontrovers geführt worden. Dabei sind Ansätze sowohl zur tatbestandsausschließenden „Sozialadäquanz“ als auch zur rechtfertigenden Einwilligung der Eltern entwickelt worden.

1. Kein Tatbestandsausschluss durch „Sozialadäquanz“

Nach ständiger Rechtsprechung erfüllt jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme den objektiven Tatbestand der Körperverletzung i. S. von § 223 I StGB, weil sie eine üble und unangemessene Behandlung darstellt, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt[17]. Nach überwiegender Einschätzung wird auch die Beschneidung als tatbestandsmäßige Körperverletzung angesehen[18].

Teilweise wird die Tatbestandsmäßigkeit mit dem Verweis auf die Sozialadäquanz der Beschneidung verneint[19]. Ein Ansatzpunkt ist dabei, die Sozialadäquanz der Beschneidung im Wege der teleologischen und verfassungskonformen Reduktion zu begründen[20]. Nach dieser Logik soll die Beschneidung nicht als irgendeine Rechtsgutsverletzung, sondern als eine sinnstiftende Integration und Anerkennung des Knaben als Person wahrgenommen werden, die dem Kindeswohl dient. Mit anderen Worten: Die Sozialadäquanz – und mit ihr das objektive Tatbestandsmerkmal der Körperverletzung – eröffnet nach diesem Verständnis eine Auslegung der Körperverletzung im Lichte der Wertungen der Rechtsordnung. Begründet wird dies mit dem Bedürfnis, dem Unwert- oder Missbilligungsurteil des Tatbestandes eine größere normative Orientierung zu geben[21].

10 *Herzberg*, MedR 2012, 169; *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 696 ff.; *Jerouschek*, NStZ 2008, 319; *Zöller*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller*, Anwalt-Komm. StGB, 2010, § 223 Rdnr. 22; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NK-StGB II, 3. Aufl. (2010), § 228 Rdnr. 18; a. A. *Fateh-Maghadam*, RW 2010, 115 ff.; *Zähle*, AöR 2009, 454.

11 *Rox*, JZ 2012, 806 ff.; *Muckel*, JA 2012, 636 ff.; *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1058 ff.; *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338; *Walter*, JZ 2012, 1110 ff.

12 *LG Hanau*, Beschl. v. 2. 2. 2007 – 1 O 822/06.

13 *OVG Lüneburg*, NJW 2003, 3290; zuvor *OVG Lüneburg*, Urt. v. 22. 9. 1993 – 4 L 5670/92, BeckRS 2005, 21681.

14 *OLG Frankfurt a. M.*, NJW 2007, 3580.

15 *LG Frankenthal*, MedR 2005, 243; ähnlich *AG Düsseldorf*, Urt. v. 17. 11. 2004 – 411 Ds 60 Js 3518/00.

16 *LG Köln*, NJW 2012, 2128 = NVwZ 2012, 1424 L = NStZ 2012, 449.

17 *BGHSt* 11, 112; *BGHSt* 35, 246 = NJW 1988, 2310 = NStZ 1988, 407.

18 *Jerouschek*, NStZ 2008, 317; *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 679; *Herzberg*, JZ 2009, 332 f.

19 *Exner* (o. Fußn. 8), S. 188; *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1059; ablehnend *Radtke*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der BReg. v. 23. 11. 2012, S. 4.

20 *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1059.

21 *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1059, leiten aus den „Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften“ nach Art. 137 III 1 WRV i. V. mit Art. 140 GG ein Verständnis unserer Rechtsordnung her, das in den „unterschiedlichsten individuellen und kollektiven Autonomisierungsmodellen“ einen Grund zur teleologischen Reduktion des Wortlauts des Art. 223 StGB sieht. *Roß*, JZ 2012, 106, weist zu Recht darauf hin, dass die Norm der WRV allein den organisatorischen Fragen im Verhältnis zwischen Religionsgesellschaft und Staat gewidmet und deshalb für die grundrechtliche Bewertung der Beschneidung ungeeignet ist. Gänzlich konträr zu *Goerlich/Zabel* findet *Herzberg*, JZ 2009, 337, dass Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 IV WRV die Durchsetzung von Gewalt verbiete, die bei der religiös motivierten Beschneidung von Knaben vorliege.

Dieser Ansatz begegnet in mehrfacher Hinsicht Bedenken: Erstens wird mit einer teleologischen Reduktion im Lichte der Wertungen der Rechtsordnung ein zusätzliches Maß an Unsicherheit über den unbestimmten Rechtsbegriff der Sozialadäquanz eingeführt. Wieso sollte dann nicht auch der lebensrettende ärztliche Heileingriff als eine von der Rechtsordnung gebilligte Handlung den Tatbestand ausschließen? Dessen Tatbestandsmäßigkeit ist jedoch allgemein anerkannt[22]. Die teleologische Reduktion des objektiven Tatbestandsmerkmals ist ungeeignet, eine Einzelfallgerechtigkeit dadurch herbeizuführen, dass eine objektive Körperverletzung je nach der jeweiligen Relevanz grundrechtlicher Wertungen bejaht oder verneint wird. Zweitens besteht kein Bedürfnis, auf Ebene der Tatbestandsmerkmale eine Einzelfallgerechtigkeit unter Preisgabe objektiver Kriterien herbeizuführen. Die Ebenen der Rechtfertigung und der Schuld bieten dogmatisch die geeigneten Prüfstufen, um das individuelle Verhalten unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen zu vollziehen[23]. Und drittens folgt eine restriktive Anwendung des Tatbestandsausschlusses auf Grund einer mutmaßlichen Sozialadäquanz auch aus dem Verhältnis zwischen Richterrecht und der grundsätzlichen Wertentscheidung des Gesetzgebers. Letzterer hat in § 223 StGB seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG entsprochen. Folglich sollten die Hürden für eine richterliche Abweichung von diesem Grundsatz entsprechend hoch sein[24].

Die Versuche, die Feststellung der Sozialadäquanz normativ zu erschließen, zeigen, dass das Kriterium der Sozialadäquanz mangels klarer Kriterien untauglich ist, die Tatbestandsmäßigkeit einer Körperverletzung auszuschließen[25]. Wann ist ein Verhalten als sozialadäquat zu bezeichnen? Nach der Rechtsprechung sind darunter solche Handlungen zu verstehen, „die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftswesens bewegen und von ihr gestattet werden“[26]. Sinnvoll ist, die Frage empirisch und nicht normativ zu beantworten[27]. Sozialadäquat wäre die männliche Genitalbeschneidung also dann, wenn sie von der Allgemeinheit tatsächlich gebilligt und in strafrechtlicher Hinsicht im sozialen Leben gänzlich unverdächtig erscheint, weil sie als eine im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlung wahrgenommen wird[28].

Die Empirie gibt in Bezug auf die Beschneidung von Jungen keine klare Antwort: Kann mangelnder Protest gegen Beschneidungen als Indikator für eine allgemein gebilligte Praxis gelten? Spielen die internationale Praxis und die jahrtausendlange Ausübung des Ritus eine Rolle? Oder sind nicht Meinungsumfragewerte, die mehrheitlich die Beschneidung verbieten wollen, ein Zeichen für eine missbilligende Haltung? Und spricht nicht auch die in der juristischen und medizinischen Literatur seit Jahren geführte Debatte gegen die Annahme einer „von der Allgemeinheit gebilligten“ Praxis? Unterm Strich lässt sich die Frage der Sozialadäquanz mangels klarer Abgrenzungskriterien nicht beantworten[29].

Aus guten Gründen hat sich der Gesetzgeber mit der neuen Regelung zur Beschneidung somit dafür entschieden, von einer Rechtfertigung und nicht von einem Tatbestandsausschluss auszugehen. Nach der Gesetzesbegründung nimmt eine im Rahmen der Personensorge erteilte Einwilligung dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit die Rechtswidrigkeit[30].

2. Einwilligung durch sorgeberechtigte Eltern

Trotz Tatbestandsmäßigkeit kann eine Strafbarkeit der Beschneidung entfallen, wenn eine rechtfertigende Einwilligung vorliegt. Die Einwilligung der Eltern ist hierbei Ausfluss des elterlichen Erziehungs- und Fürsorgeprimats in Art. 4 II i. V. mit Art. 6 II 1 GG. Grundsätzlich liegt es in der alleinigen Verantwortung der Eltern, in welcher Weise sie ihr Kind religiös erziehen. Begrenzt wird das grundsätzlich vorrangige Elternrecht durch das staatliche Wächteramt (Art. 6 II 2 GG). Der Staat darf zwar keine positive Entscheidung darüber treffen, was objektiv im besten Interesse des Kindes ist. Ihn trifft aber die Pflicht, bei einer evidenten Überschreitung der Missbrauchsschwelle einzugreifen. Eltern haben damit auch bei körperbezogenen Entscheidungen für ihre Kinder einen Ermessensspielraum, der erst dann überschritten ist, wenn sich die Entscheidung als evidenter Missbrauch des Sorgerechts darstellt[31].

Daran wird deutlich, dass das Kindeswohl in zweierlei Hinsicht unterschieden werden muss – zum einen nach dem Kindeswohl, zu dem die Eltern verpflichtet sind, und zum zweiten nach dem Kindeswohl, dessen Gefährdung die Notwendigkeit staatlichen Eingreifens begründet[32]. Das Kindeswohl als die Eltern verpflichtender Begriff räumt den Eltern ein hohes Maß an Freiheit und Bestimmungshoheit ein und ist folglich stark von subjektiven Wertungen abhängig. In Bezug auf das Wächteramt des Staates und dessen Verpflichtung zum Schutz des Kindes ist hingegen ein Verständnis vom Kindeswohl zu Grunde zu legen, bei dem ein Verhalten der Eltern klar und eindeutig als mit dem Kindeswohl unvereinbar zu qualifizieren ist. Folglich ist das Kindeswohl in der Bestimmungshoheit der Eltern ein subjektives Recht, während das Kindeswohl zur Bestimmung des Wächteramtes die Festlegung von objektiven Schwellen erfordert, deren Überschreitung ein Einschreiten des Staates zum Schutz des Kindes erfordert.

Der Gesetzgeber hat das Verhältnis zwischen dem Elternrecht und dem staatlichen Überwachungsauftrag in § 1626 BGB näher ausgestaltet, wonach die Eltern das Recht und die Pflicht haben, für das minderjährige Kind zu sorgen. Dies wird in § 1631 BGB dahingehend konkretisiert, dass die Personensorge insbesondere die Pflicht und das Recht umfasst, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. § 1631 II BGB fordert einen Gewaltverzicht und den Schutz des Kindes vor seelischen Verletzungen. Durch § 1666 BGB wird schließlich festgelegt, dass das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes nicht gefährdet werden darf.

Der Gesetzgeber hat mit dem Beschneidungsgesetz die elterliche religiöse Erziehung nun durch einen neuen § 1631 d BGB („Beschneidung des männlichen Kindes“) erstmalig konkretisiert. Die Vorschrift stellt klar, dass die Personensorge der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, bei Einhaltung

22 Zuletzt etwa *BGH*, NStZ 2011, 343.
23 *Roß*, JZ 2012, 1061 (1063).
24 *Rox*, JZ 2012, 807.
25 So auch *Radtke* (o. Fußn. 19), S. 4.
26 *OLG Hamm*, NJW-RR 2002, 90.
27 So auch *Jerouschek*, NStZ 2008, 317.
28 *Exner* (o. Fußn. 8), S. 133.
29 Vgl. zur Kritik am Kriterium der Sozialadäquanz in Bezug auf die Beschneidung *Putzke*, MedR 2012, 229; mit derselben Stoßrichtung auch *Rox*, JZ 2012, 807; *Radtke* (o. Fußn. 19), S. 4.
30 BT-Dr 17/11295, Gesetzesbegr., S. 16.
31 *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 132.
32 *Walter*, Schriftliche Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss v. 22. 11. 2012, S. 2.

bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn im Einzelfall durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

Wesentlicher Anknüpfungspunkt der neuen Regelung bleibt das Kindeswohl in § 1666 BGB, das im Wege einer wertenden Betrachtung einer abwägenden Einzelfallentscheidung ermittelt werden muss[33]. Es verwundert nicht, dass der unbestimmte Charakter des „Kindeswohls" im Schrifttum Anlass für kontroverse Einschätzungen zur Beschneidung gegeben hat. Das Kriterium wird sowohl für[34] als auch gegen[35] die rechtmäßige elterliche Einwilligung in die Beschneidung von Knaben vorgebracht.

Auch hilft für eine wertende Betrachtung der Verweis auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (ÜRK) nicht wirklich weiter[36]. Danach sind zwar „alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen [zu treffen], um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen"[37]. Die Definition für Gesundheit ist nach der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation allerdings zu weit, um eine Eingrenzung zu ermöglichen. Würde man hingegen für das Tatbestandsmerkmal Gesundheit der ÜRK-Vorschrift auf die Gesundheitsschädigung i. S. von § 223 I Alt. 2 StGB abstellen und damit eine Unvereinbarkeit der Beschneidung mit der ÜRK bejahen[38], würde man das Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals des § 223 StGB über den Umweg des Kindeswohls auch zur Bejahung der Rechtswidrigkeit heranziehen.

Darüber hinaus bereitet eine Auslegung des Kindeswohls Schwierigkeiten, die mit dem Ziel eindeutiger Kriterien eine Betrachtung der objektiven Vor- und Nachteile in den Mittelpunkt stellen will[39]. Das Problem der Kindeswohl-Ermittlung im besonderen Fall der Beschneidung liegt darin, dass sowohl objektive Rechtspositionen (der Eingriff in die körperliche Integrität) als auch subjektive Rechtspositionen bestehen, etwa der elterliche Wunsch, das Kind im Einklang mit der Religion zu erziehen und den Jungen in sein soziales Umfeld ohne Diskriminierung zu integrieren. Gleichwohl zeigt die Berücksichtigung der genannten subjektiven Rechtspositionen auch, dass sie nicht geeignet sind, Abgrenzungen zu nicht hinnehmbaren Religionsriten, wie etwa die weibliche Genitalbeschneidung, zu ermöglichen. Ein wiederkehrendes Argument für die Beschneidung liegt in der Behauptung, die Folgen eines Verzichts auf die Beschneidung als religiöses Identifikationsmittel würden zu einer Stigmatisierung innerhalb der Sozialgemeinschaft führen[40]. Die Beschneidung ermögliche es dem Kind erst, als Mitglied der Glaubensgemeinschaft anerkannt und akzeptiert zu werden. Dieselbe Begründung könnte zu Gunsten einer Klitoris-Beschneidung angeführt werden: Dabei handelt es sich um eine in vielen Ethnien verbreitete Tradition, die zumeist Voraussetzung ist, um zur jeweiligen Gemeinschaft zu gehören und sozial anerkannt zu werden[41].

IV. Die Ermittlung des Kindeswohls im Wege praktischer Konkordanz

Letztlich kann die Beurteilung der Strafbarkeit religiöser Beschneidung nur auf Grundlage einer Abwägung der widerstreitenden Grundrechte erfolgen, die im Wege einer praktischen Konkordanz die betroffenen Grundrechte in einen möglichst schonenden Ausgleich bringen soll[42]. Im Kontext ritueller Beschneidung sind die verfassungsrechtlich postulierten Aspekte der Religionsfreiheit, des Erziehungsrechts der Eltern, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Selbstbestimmungsrechts des Kindes mit einzubeziehen.

Die Bestimmung des Kindeswohls nach § 1666 BGB ist der geeignete Anknüpfungspunkt für eine Abwägung der Grundrechte[43]. Diesen Weg wählt auch der neue § 1631 d BGB, der in Abs. 1 S. 2 eine Beschneidung dann ausschließt, wenn das Kindeswohl, das durch § 1666 BGB näher konkretisiert wird, gefährdet ist. § 1666 BGB anerkennt das grundsätzliche Primat des Elternrechts in der (religiösen) Erziehung. Zugleich ist sie das Einfallstor für die Grundrechte des Kindes, abgesichert durch die Wächterfunktion des Staates, der bei einer Nicht-Kongruenz zwischen elterlichen Erziehungsinteressen und Kindeswohl einschreiten muss. Das *BVerfG* hat das mögliche Spannungsverhältnis zwischen Elterninteressen und Kindeswohl anerkannt und räumt dem Kindeswohl in diesem Verhältnis stets den Vorrang ein[44]. Deshalb muss die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit als ein von Art. 2 II 1 Alt. 2 GG geschütztes Rechtsgut mit einigem Gewicht in eine Kindeswohl-Bestimmung eingehen. Dies indiziert auch der strafrechtliche Schutz der körperlichen Integrität[45].

1. Beschneidung und Religionsfreiheit

Mit Blick auf die Bedeutung der Religionsfreiheit ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass es sich um eine fremdschädigende Religionsausübung handelt. Die Beschneidung von Knaben betrifft also den Bereich des „forum externum", d. h. die äußere Freiheit, seinen Glauben zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten[46]. Während das forum internum – die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben – als metaphysische Grundlage menschlicher Existenz nicht einschränkbar ist, darf nicht jeder fremdschädigender Brauch des forum externum den Schutz der Religionsfreiheit in Anspruch nehmen können[47]. Die Einschränkbarkeit religiöser Bräuche ist auch deshalb erforderlich, weil das *BVerfG* sehr großzügig ist bei der der Einschränkbarkeit vorgelagerten Schutzbereichseröffnung. Denn die Frage, „ob" der Grundrechtsschutz überhaupt eröffnet ist, überlässt das *BVerfG* der Sicht und Wahrnehmung des Grundrechtsträgers[48]. Danach könnte auch die Klitoris-Beschneidung bei Mädchen als häufig religiös motivierte Handlung den Grundrechtsschutz von Art. 4 GG in Anspruch nehmen. Grund für die Dispositionshoheit des Grundrechtsträgers beim Schutzbereich ist das staatliche Neutralitätsgebot. Es soll dem Staat eben nicht gestattet sein, verbindlich festzulegen, welche Inhalte und Bräuche religiös motiviert sind.

Teilweise wird eine Einschränkung des weiten Schutzbereichs durch die vom *BVerfG* einst entwickelte[49] – in späteren Entscheidungen aber aufgegebene[50] – „Kulturadäquanzformel" gefordert[51]: Danach müsse

33 *Palandt/Diederichsen*, BGB, 70. Aufl. (2011), § 1666 Rdnr. 15.
34 *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 141; *Jorzig*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (o. Fußn. 8), S. 182.
35 *Herzberg*, ZIS 2010, 471 ff.; *Putzke*, MedR 2008, 272.
36 Bekanntmachung v. 10. 7. 1992, BGBl II, 990 ff.
37 § 24 ÜRK.
38 So *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 704.
39 So *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 703.
40 *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 701 m. w. Nachw.
41 *Rosenke*, ZRP 2001, 37.
42 *BVerfGE* 28, 243 (261) = NJW 1970, 1729.
43 So auch *LG Köln*, Urt. v. 7. 5. 2012 – 151 Ns 69/11; *Radtke* (o. Fußn. 19), S. 7.
44 *BVerfGE* 79, 203 (210 f.) = NJW 1989, 1275.
45 *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 705.
46 *BVerfGE* 24, 236 (245 f.) = NJW 1969, 31 = NJW 1969, 1342 L m. Anm. *Schneider*.
47 *Zähle*, AöR 134 (2009), 436.
48 *BVerfGE* 32, 98 (106 f.) = NJW 1972, 327 m. Anm. *Händel* = NJW 1972, 814 L m. Anm. *Deubner*.
49 *BVerfGE* 12, 1 (4) = NJW 1961, 211.

der Schutzbereich dahingehend verengt werden, dass das relevante Verhalten sich im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker bewegen müsse. Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Grundgesetz eben kein bestimmter, auf den Status quo bezogener „ethischer Standard" zu Grunde liege – es zeichnet sich vielmehr durch seine Offenheit gegenüber weltanschaulichen und religiösen Ansichten aus[52].

Teilweise wird sogar vertreten, dass die Eltern sich auf Grund der fremdschädigenden Natur der Religionsausübung bei der Beschneidung gar nicht auf die Glaubensfreiheit berufen können sollten[53]. In Widerspruch mit sich selbst gerät diese Auffassung aber dann, wenn die Religionsfreiheit über das Elternrecht dann doch die Abwägungsentscheidung beeinflussen soll, quasi mittelbar durch ein anderes Grundrecht[54].

Die grundsätzlich schrankenlos gewährte Religionsfreiheit ist aber dann einschränkbar, wenn dies zum Schutz kollidierender Verfassungsbestimmungen erforderlich ist[55]. Solche Grenzen können sich aus kollidierenden Grundrechten anderer Grundrechtsträger und aus anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern ergeben. Als Ausfluss des Toleranzgebots sollen im Rahmen der praktischen Konkordanz alle widerstreitenden Rechtspositionen einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren[56].

Auch die Religionsfreiheit des Kindes (und nicht die der Eltern) ist in Betracht zu ziehen. Dieses Recht steht dem Kind ebenso wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit ab der Geburt zu[57]. Da das Kind sein Recht auf Religionsfreiheit bis zum Eintritt der Religionsmündigkeit nicht selbst ausüben kann, treten die Eltern an seine Stelle. Demnach handeln die Eltern im mutmaßlichen Interesse in den religiösen Angelegenheiten des Kindes, etwa bei der Frage, ob das Kind getauft wird oder nicht. *Beulke/Dießner* wollen den Abwägungsvorgang im Rahmen der Beschneidung durch das Recht des Kindes auf Religionsfreiheit anreichern und damit das Elternrecht weiter verstärken. Sie gehen sogar noch einen Schritt weiter: Indem die Eltern an Stelle des Kindes sich für die Beschneidung entscheiden, soll das Kind damit auf sein Recht auf körperliche Unversehrtheit verzichten[58].

Eine derartige Verstärkung des Elternrechts durch eine „elternrechtskonforme" Ausübung des mutmaßlichen Religionswillens des Kindes und die damit einhergehende Aushebelung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit begegnet erheblichen Bedenken. Ausgangspunkt ist, dass sich die Rechte des Kindes aus Art. 2 und Art. 4 GG hinsichtlich der Bestimmbarkeit des schützenswerten Zustands fundamental unterscheiden. Während der schützenswerte Zustand im Fall des Art. 2 GG eindeutig die physische Integrität darstellt, lässt sich aus Art. 4 GG keine Aussage über eine Zugehörigkeit zu einem Glauben ableiten, weil das Kind seinen diesbezüglichen Willen eben noch gar nicht gebildet hat. Damit lässt sich zwar ein abstraktes Schutzgut (die Freiheit irgendeiner religiösen Orientierung), nicht jedoch ein konkreter schützenswerter Zustand (z. B. der Wunsch, beschnitten zu werden) bestimmen. Mangels Konkretisierbarkeit der Religionsfreiheit des Kindes wird dieses Recht zu einem Vehikel des Elternrechts. Denn die Eltern üben ihre Bestimmungsmacht aus dem Elternrecht in Bezug auf die religiöse Erziehung des Kindes in Entsprechung ihrer eigenen religiösen Überzeugungen aus. Der „Elternwille" wird so zum mutmaßlichen „Religionswillen" des Kindes und ist somit identisch mit dem Inhalt des Elternrechts. Die Religionsfreiheit des Kindes hat dann aber keinen eigenständigen, originär bestimmbaren Inhalt mehr. Aus diesem Grund sollte die von den Eltern ausgefüllte Religionsfreiheit des Kindes in der Gesamtabwägung der praktischen Konkordanz nicht in die Waagschale neben das Elternrecht und der Religionsfreiheit der Eltern gelegt werden.

2. Abwägung auf Grund einer Rechtsgüterkontrolle und der Schwere des Eingriffs

Die Interessenabwägung im Rahmen einer praktischen Konkordanz der Grundrechte muss auf der Basis klarer Abgrenzungskriterien erfolgen, die eine Kasuistik fremdschädigender religiöser Praktiken ermöglichen. Eine geeignete Stufenprüfung im Rahmen der praktischen Konkordanz nimmt zunächst die Wertigkeit der durch die Religionsausübung beeinträchtigten Rechtsgüter und Verfassungsgrundsätze in den Blick. In einem zweiten Schritt ist die Schwere des Eingriffs in die Rechtsgüter in Wechselwirkung mit der Bedeutung des religiösen Ritus abzuwägen.

a) *Stufe 1: Rechtsgüterkontrolle.* In einem ersten Prüfungsschritt darf ein religiöser Brauch weder in von der Verfassung als unverfügbar eingestufte Rechtsgüter eingreifen, noch darf er anderweitig in Widerspruch zu Grundentscheidungen der Verfassungsordnung stehen[59].

Hinsichtlich der indisponiblen Rechtsgüter gehört etwa das Rechtsgut Leben zum uneinschränkbaren Kern der Menschenwürde. Aus diesem Grund kann sich die Verweigerungshaltung der Zeugen Jehovas gegenüber Bluttransfusionen zur Lebensrettung nicht auf die Religionsfreiheit stützen[60]. Ebenso scheiden andere religiös motivierte Handlungen aus: Eine Hinrichtung oder gar Steinigung als vermeintlich vom Islam vorgegebene Form der Höchststrafe bei bestimmten Delikten würde ebenso wenig hinnehmbar sein, weil sie eine in unserer Rechtsordnung nicht akzeptable Verfügung über das Rechtsgut Leben darstellt. Das Extrembeispiel des Menschenopfers oder des Ritualmords steht ebenso wie das Verbot so genannter „Ehrenmorde" für den unbedingten Vorrang des Lebensschutzes vor religiösen Motiven. Ebenso stößt die Selbsttötung aus religiösen Motiven – wie in den Fällen der indischen „Sati" und des kollektiven Sektensuizids – auf die rechtliche Unverfügbarkeit des Lebens[61]. Die Beschneidung gehört hingegen nicht in diese Fallgruppen, weil sie „nur" das Recht auf körperliche Unversehrtheit und damit ein einschränkbares und disponibles Rechtsgut betrifft. Allerdings wären religiös motivierte übersteigerte Formen der Zirkumzision rechtlich unzulässig. So berichtet die Bibel im Zusammenhang mit der Beschneidungspflicht auch von dem Auftrag an Abraham, alle Unbeschnittenen aus dem Volk „auszurotten"[62]. Trotz dieses Befehls würde er von frommen Juden nicht ausgeführt und wäre – sofern sich doch jemand darauf berufen würde – unzweifelhaft als Totschlag strafbar.

Die Fallgruppe der nicht einschränkbaren Grundentscheidungen der Verfassung verschafft sich in verschiedenen verfassungs- und einfachgesetzlichen Vorgaben Ausdruck: Hierzu

50 *BVerfGE* 41, 29 (50) = NJW 1976, 947.
51 *Badura*, Der Schutz von Religion und Weltanschauung nach dem GG, 1989, 40 ff.
52 *BVerfGE* 41, 29 (50) = NJW 1976, 947.
53 *Roß*, JZ 2012, 1062.
54 *Roß*, JZ 2012, 1061.
55 *BVerfGE* 32, 98 (108) = NJW 1972, 327 m. Anm. *Händel* = NJW 1972, 814 L m. Anm. *Deubner*.
56 *BVerfGE* 28, 243 (261) = NJW 1970, 1729.
57 *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 344.
58 *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 345.
59 Ähnlich *Roß*, JZ 2012, 808, die eine Maßstabsbildung unter dem Gesichtspunkt der Unvertretbarkeit vorschlägt.
60 *Jorzig*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (o. Fußn. 8), S. 182.
61 *Germann*, in: Festschr. f. G. Fischer, 2010, 51.
62 1. Buch Mose, 17. Kapitel, 14: „Und wo ein Mannsbild nicht wird beschnitten an der Vorhaut seines Fleisches, des Seele soll ausgerottet werden aus seinem Volk, darum dass es meinen Bund unterlassen hat".

gehören insbesondere das allgemeine Willkürverbot in Art. 3 I GG, der Einklang mit den „guten Sitten" (§ 138 BGB, § 228 StGB) oder der ordre public nach Art. 6 EGBGB. Dazu gehört über die Ewigkeitsklausel in Art. 79 III GG aber auch die rechtsstaatliche Grundordnung nach Art. 20 GG. Deshalb könnte die Anwendung der Scharia in unserer Rechtsordnung keine Anerkennung finden, weil sie in fundamentalem Widerspruch zu unserer rechtsstaatlichen und laizistischen Grundordnung steht. Andererseits gehört der Tierschutz trotz der Staatszielbestimmung in Art. 20 a GG nicht zu dem unbeschränkbaren Kernbestand der Rechtsordnung. Angesichts der überragenden Bedeutung der Religionsfreiheit hat das *BVerfG* deshalb in seinem so genannten „Schächturteil" dem türkischen Metzger trotz eines einfachgesetzlichen Verbots im Tierschutzgesetz gestattet, warmblütige Tiere ohne vorherige Betäubung zu töten[63].

b) *Stufe 2: Wechselwirkung zwischen Zweck der Beschneidung und Schwere des Eingriffs.* Ist das betroffene Rechtsgut aus verfassungsrechtlicher Sicht einschränkbar und liegt kein Widerspruch mit Grundsätzen der Verfassungsordnung vor, ist im Lichte der Schwere des Eingriffs, der von der Ausübung der Religionsfreiheit für andere Rechtsgüter ausgeht, eine wertende Betrachtung vorzunehmen. In Bezug auf die religiös motivierte Beschneidung besteht dabei eine Wechselwirkung zwischen dem Stellenwert des Brauchs nach dem religiösen Selbstverständnis einerseits und der Eingriffstiefe in das beeinträchtigte Rechtsgut andererseits[64].

Als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips gilt: Je gewichtiger und einschneidender der Eingriff, umso erheblicher muss die Religionsfreiheit ins Gewicht fallen. Diese Abwägung verlangt von dem Staat eine in Bezug auf die Religionsfreiheit wichtige Entscheidung: Der grundsätzlich zur Religionsneutralität verpflichtete Staat muss für seine Abwägung eine Bewertung des Stellenwerts des Ritus für das religiöse Selbstverständnis vornehmen. Dies mag verwundern, stellt das *BVerfG* doch bei der Frage nach dem „Ob" des Grundrechtsschutzes – d. h. ob eine Handlung als Religionsausübung anzusehen und damit der Schutzbereich von Art. 4 GG eröffnet ist – allein auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft ab[65]. Dies kann jedoch nicht bei der Frage des „Wie" – d. h. die Reichweite – des Grundrechtsschutzes gelten. Würde der Staat auf eine Bedeutungsbewertung des Ritus im Rahmen der Abwägung verzichten, könnte er die im Lichte widerstreitender Grundrechte gebotene praktische Konkordanz nicht gewährleisten. Denn die Reichweite des Grundrechtsschutzes der Religionsfreiheit in Bezug auf die Einschränkung widerstreitender Grundrechte nimmt in dem Maße ab, in dem die Bedeutung des religiösen Ritus in der Religionsgemeinschaft abnimmt. Oder andersherum: Je wichtiger der Ritus und je bedeutsamer seine Einhaltung für das Religionsverständnis, umso größer das Gewicht mit dem es in die Interessenabwägung gegenüber der körperlichen Unversehrtheit eingeht[66].

Wenig überzeugend erscheint hingegen eine Auslegung, nach der der Grundrechtsschutz der Religionsfreiheit – also das „Ob" des Grundrechtsschutzes – davon abhängig gemacht wird, ob es sich um eine etablierte oder neue Religion handelt[67]. Nach dieser Auffassung könnten sich nur die althergebrachten Religionen auf einen fremdschädigenden Ritus wie die Beschneidung berufen, nicht jedoch neue religiöse Gruppen oder Absplitterungen herkömmlicher religiöser Bekenntnisse. Für eine derartige Diskriminierung gibt das Grundgesetz keinerlei Anhaltspunkte, und es widerspricht auch dem grundsätzlichen Gebot der Staatsneutralität bei der Beurteilung religiöser Praktiken.

Wird damit eine Ermittlung der Bedeutung des religiösen Ritus im Rahmen der Abwägung unumgänglich, ist für die Beschneidung Folgendes in Rechnung zu stellen: Im jüdischen Glauben gilt der Beschneidungsakt als Eintritt in den Bund mit Gott (Genesis 2017, 9-14, 23-27). Es ist zugleich ein Zeichen verpflichtender Gemeinschaft des einzelnen Juden mit seinem Volk. Im Islam stellt die Beschneidung einen Ritus dar, der zwar in Form der Beschneidung im Koran nicht ausdrücklich genannt wird, wohl aber in der zweiten Quelle der Rechtsfindung, der sunna. Ein Verstoß gegen das Beschneidungsgebot macht beispielsweise bei Schiiten das tägliche Gebet ungültig[68]. Selbst wenn die Beschneidung sowohl im jüdischen wie auch im muslimischen Glauben nicht als religionsbegründend sondern -bestätigend gilt, hat sie in beiden Religionen den Status als wichtiges Identifikationsmittel[69]. So erhält der Junge mit der Beschneidung seinen jüdischen Namen, mit dem er dann später bei Eintritt in die religiöse Volljährigkeit auch zur Tora gerufen wird. Der Akt der Beschneidung ist damit auch eine entscheidende Voraussetzung für die Teilnahme am religiösen Leben und damit an der Möglichkeit, das Judentum zu praktizieren[70]. Eine Nichtbeschneidung bedeutet eine Stigmatisierung und kann eine Ausgrenzung aus den jüdischen und muslimischen Gemeinschaften zur Folge haben[71].

Im Unterschied zur zentralen Bedeutung der männlichen Beschneidung hat die weibliche Genitalbeschneidung keine vergleichbare religiöse Bedeutung. Sie geht auf vorislamische Bräuche zurück. Nur wenige islamische Rechtsschulen sehen unter Berufung auf die Hadithe die Beschneidung als Pflicht[72]. Inzwischen wurde die weibliche Genitalbeschneidung sogar von der höchsten theologischen Autorität des sunnitischen Islams als unislamisch deklariert[73].

Bei der Bewertung der Eingriffstiefe in die körperliche Unversehrtheit lässt sich dort eine Grenze ziehen, wo aus der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit eine schwere Gesundheitsschädigung droht. Die Genitalverstümmelung von Mädchen oder Frauen ist hierunter zu subsumieren. Studien zeigen, dass Genitalbeschneidungen das Risiko einer Frau merklich steigern, unfruchtbar zu werden und Komplikationen bei der Entbindung zu haben. Sie haben eine Genitalverstümmelung zur Folge und hinterlassen bleibende physische und psychische Schäden[74]. Insofern muss sich eine an der Eingriffstiefe orientierte Differenzierung hinsichtlich der Beschneidung von Jungen und Mädchen auch nicht dem Vorwurf unzulässiger Diskriminierung aussetzen[75]. *Walter* hält das Gesetz auf Grund eines Verstoßes gegen das grundgesetzliche Gleichheitsgebot dennoch für verfassungswidrig, weil die Erlaubnis der Beschneidung einzig vom Geschlecht abhänge. Er verweist auf „milde" Formen der Klitorisbeschnei-

63 *BVerfGE* 104, 337 (353 ff.) = NJW 2002, 663 = NVwZ 2002, 335 L.
64 Ähnlich *Heinig*, Schriftliche Stellungnahme für den Rechtssausschuss des Deutschen Bundestages zur Vorbereitung der Anhörung am 26. 11. 2012, S. 3, nach dem das staatliche Wächteramt, das die Grundfreiheiten des Kindes schützt, erst dann zu Zwangsmaßnahmen bzw. Verboten berechtigen soll, wenn nach „Art und Maß des drohenden Schadens" staatliches Handeln unabdingbar ist.
65 *BVerfGE* 24, 236 (247 f.) = NJW 1969, 31 = NJW 1969, 1342 L m. Anm. *Schneider*; dazu in Bezug auf die Beschneidung *Schwarz*, JZ 2008, 1127.
66 Für die praktische Konkordanz im Verhältnis zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit im Zusammenhang mit dem Karikaturenstreit vgl. *Steinbach*, JR 2006, 495 ff.
67 So *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1061.
68 *Zähle*, AöR 134 (2009), 445.
69 *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 701.
70 *Schwarz*, JZ 2008, 1126.
71 *Raack/Doffing/Raack*, Recht der religiösen Kindererziehung, 2003, V.
72 *Rosenke*, Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, 2000, 59 ff.
73 *Zähle*, AöR 134 (2009), 442 f.
74 *Zähle*, AöR 134 (2009), 443 m. w. Nachw.
75 So aber *Walter*, JZ 2012, 1110 ff.

dung, bei der lediglich ein „Einkerben" der Klitoris, nicht deren Entfernung, vorgenommen wird und die von den Folgen vergleichbar sei mit der Vorhautbeschneidung bei Jungen[76]. Er plädiert deshalb für eine geschlechtsneutrale Fassung der Beschneidungsregelung, die diese Form der Klitorisbeschneidung gestattet.

Die neue gesetzliche Regelung, die in der Tat nur die Beschneidung des männlichen Penis normiert, ist allerdings nicht als Verstoß gegen das Gleichheitsgebot zu verstehen, sondern enthält vielmehr eine Regelungslücke. Dem Gesetzgeber ging es ausweislich der Gesetzesbegründung ersichtlich um die schweren Formen der Klitorisverstümmelung, die allgemein geächtet und deren schwere gesundheitliche Schäden anerkannt sind. Für die milden Formen der Klitorisbeschneidung hat der Gesetzgeber keine Regelung treffen wollen, weshalb er in der Gesetzesbegründung auch durchgehend von „Verstümmelung" und nicht „Beschneidung" der Klitoris spricht[77]. Im Gesetzgebungsverfahren haben die milden Formen der Klitorisbeschneidung keinerlei Rolle gespielt. Insoweit ist die neue gesetzliche Regelung bei verfassungskonformer Auslegung nicht als Verbot dieser Formen der Klitorisbeschneidung zu bewerten, sondern als ein nicht explizit geregelter Sachverhalt, auf den die neue Regelung aber durchaus analog Anwendung finden könnte mit dem folgenden Ergebnis: Schwere Formen der Genitalverstümmelung sind gem. § 224 StGB als gefährliche, gegebenenfalls auch nach § 226 StGB als schwere Körperverletzung strafbar. Die Zulässigkeit milder Formen der Beschneidung der Klitoris, die hinsichtlich ihrer gesundheitlichen Folgen mit der Beschneidung der männlichen Vorhaut vergleichbar sind, richtet sich somit nach den Maßstäben für die Beschneidung der männlichen Vorhaut.

Unbeschadet der milden Formen der Klitorisbeschneidung ist die Beschneidung von Jungen auf Grund ihrer gesundheitlichen Konsequenzen grundsätzlich anders zu beurteilen als die Genitalverstümmelung der Klitoris. Die Gesundheitsschädigung wiegt bei der Penisvorhautbeschneidung eindeutig weniger schwer. Ein Eingriff in die körperliche Integrität ist zwar unbestritten. Zudem ist dieser irreversibel und kann in Einzelfällen zu nachteiligen, insbesondere psychologischen Folgewirkungen führen. Auch kann sich die Beschneidung auf das sexuelle Empfinden auswirken. Allerdings treten die Beeinträchtigungen bei der kunstgerecht und unter Betäubung durchgeführten Beschneidung in der Regel nicht in einem Maße auf, um von einer einschneidenden und nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit sprechen zu können[78]. Insbesondere bringt die männliche Beschneidung keine Funktionsstörungen mit sich[79]. Komplikationen sind selten; sie sollen nur in 0,2–6 % der Fälle auftreten[80]. Unterm Strich bleibt für die Beschneidung von Jungen festzuhalten, dass die ganz überwiegende Zahl der Fälle mit einem kurzen und folgenlosen Eingriff verbunden ist. Die im Einzelfall nicht auszuschließenden nachteiligen Auswirkungen gehen auf Grund ihrer Seltenheit nicht mit einem Gewicht in die Abwägung, die eine Einschränkung der Religionsfreiheit in einem Grundpfeiler des religiösen Selbstverständnisses rechtfertigen würde.

Anhand dieser Maßstäbe wäre somit auch die angesprochene Regelungslücke für mit der Penisvorhautbeschneidung vergleichbare Formen der Klitorisbeschneidung zu beurteilen, d. h. diese müssten religiös motiviert sein, ohne nachhaltige gesundheitliche Beeinträchtigung bleiben und lege artis durchgeführt werden. Allerdings ist nach den obigen Ausführungen die Gewichtigkeit der Beschneidung für das religiöse Selbstverständnis zu berücksichtigen, die im Fall der weiblichen Klitorisbeschneidung – wie erwähnt – weniger eindeutig ist als bei der Beschneidung des männlichen Genitals.

Mit Rücksicht auf die Bedeutung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit ist gleichwohl sicherzustellen, dass jede Form der Beschneidung unter Minimierung von Risiken stattzufinden hat. Die staatliche Schutzpflicht gebietet es, dass die Beschneidung nur bei Einhaltung höchster Standards erlaubt ist hinsichtlich der Expertise des Beschneiders, der Minimierung von Schmerzen für den Jungen, der Einhaltung ärztlicher Sorgfalts- und Aufklärungspflichten und der Beachtung hygienischer Standards[81]. Der neue § 1631 d BGB erfüllt diese Anforderungen mit der Formulierung „nach den Regeln der ärztlichen Kunst", denn diese Regeln gebieten eine im Einzelfall angemessene und wirkungsvolle Betäubung und grundsätzlich eine für den Patienten möglichst schonende Durchführung der Beschneidung. An diesen Anforderungen werden sich insbesondere auch die traditionellen Operateure messen lassen müssen. Der jüdische Mohel und der muslimische tahhar müssen eine entsprechende Ausbildung vorweisen und die Einhaltung hygienisch einwandfreier Bedingungen gewährleisten können[82]. Unter diesen Bedingungen ist die kunstgerecht durchgeführte Beschneidung keine erhebliche körperliche Misshandlung und zielt nicht auf die Schädigung des Kindes ab[83]. Darüber hinaus richtet sich das Verhältnis des Selbstbestimmungsrechts zum Elternrecht nach den Altersgrenzen des § 5 RKEG. Die Einwilligungsfähigkeit in die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit hängt ab von der Einsichtsfähigkeit des Kindes. Im Ergebnis können die Eltern wegen § 5 RKEG ab dem 12. Lebensjahr des Knaben nicht mehr gegen dessen Willen wirksam in eine rituelle Beschneidung einwilligen[84].

3. Die nicht-religiös motivierte Beschneidung

Eine andere Bewertung erscheint mit Blick auf nicht-religiöse Motive für die Beschneidung geboten. Der Ansatz der neuen Regelung, die Beschneidung unabhängig von der Art der Motive zuzulassen, ist nicht überzeugend[85]. Angesprochen ist damit die Frage, wie weitreichend der Grundrechtsschutz der Eltern bei der Beschneidung ist, und unter welchen Umständen das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit doch überwiegt. Das erscheint zumindest in Konstellationen denkbar, in denen die Eltern sich nicht auf den religiösen Ritus, sondern auf ästhetische oder hygienische Gründe berufen[86].

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Wertigkeit der Motive entscheidungsrelevant für die Frage, ob das Recht auf körperliche Unversehrtheit eingeschränkt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist nicht einleuchtend, warum die Gesetzesbegründung eine Beschneidung unabhängig von der Moti-

76 *Walter*, JZ 2012, 1112, verweist auch auf einen Vorschlag der *American Academy of Pediatrics*, die das Einkerben als Kompromiss vorgeschlagen hat, um bestimmten Ethnien in den USA einen Beschneidungsritus zu ermöglichen.
77 BT-Dr 17/11295, S. 13 f.
78 *Poulter*, English Law and Ethnic Minority Customs, 1986, 152 f.
79 *Zähle*, AöR 134 (2009), 446.
80 *Putzke* (o. Fußn. 8), S. 677, mit Verweis auf *Riccabona*, in: *Steffens/Langen* (o. Fußn. 9), S. 343 f.
81 Ähnlich *Zähle*, AöR 134 (2009), 451; zur Beschneidung unter unsterilen Bedingungen vgl. auch *LG Frankenthal*, MedR 2005, 243 ff.
82 *Zähle*, AöR 134 (2009), 452.
83 Im Ergebnis auch *Schwarz*, JZ 2008, 1125; *Zähle*, AöR 134 (2009), 454.
84 *Germann* (o. Fußn. 61), S. 55.
85 Ähnlich *Walter*, JZ 2012, 1110, der allenfalls die religiös motivierte Beschneidung zulassen will.
86 Das Problem erkennt auch *Roß*, JZ 2012, 1061, lässt es dann aber ungelöst. Ebenso lassen *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 339, die Frage offen.

vation zulässt. Laut Gesetzesbegründung sind die Motive für die Beschneidung unbeachtlich. Die Gesetzesformulierung selbst berücksichtigt zwar in § 1631 d I 2 BGB den „Zweck" der Beschneidung bei der Frage, ob eine Verletzung des Kindeswohls vorliegt. Die Gesetzesbegründung lehnt aber eine Differenzierung zwischen religiösen, kulturellen, sozialen und hygienischen Motiven ab und begründet dies mit Abgrenzungsschwierigkeiten, weil in einigen Kulturkreisen die Beschneidung auch außerhalb religiöser Bräuche als kulturelle oder soziale „Verpflichtung" angesehen wird.

Jedenfalls sollte ein über das subjektive Hygieneempfinden der Eltern hinausgehendes Motiv für die Beschneidung aus mehreren Gründen Voraussetzung sein. Erstens ist die Qualität der Motive für die Ausübung des Elternrechts insofern relevant, als dass keine willkürlichen Motive der Eltern eine Einschränkung der körperlichen Unversehrtheit zulassen dürfen. Die körperliche Integrität ist umso mehr schutzbedürftig, umso weniger sich die Ausübung des Elternrechts auf objektiv nachvollziehbare und von der Rechtsordnung geschützte Motive bezieht.

Zweitens verweist die Gesetzesbegründung zu Recht darauf, dass unter deutschen Medizinern weitgehend Einigkeit besteht, dass angesichts der guten hygienischen Situation in Deutschland eine prophylaktische routinemäßige Beschneidung Neugeborener nicht indiziert ist[87]. Außerdem stellen die WHO und UNAIDS fest, dass in westlichen Industrienationen die Berufsorganisationen der Kinderärzte teilweise eine routinemäßige Beschneidung von Neugeborenen nicht empfehlen, weil diese die Risiken schwerer gewichten als die Vorteile[88].

Drittens trägt der undifferenzierte Ansatz dazu bei, dass die Grundrechtsrelevanz „nivelliert" wird, d. h. es spielt keine Rolle mehr, ob und durch welche Grundrechte das Elternrecht gestärkt wird. So läuft die Religionsfreiheit insoweit leer, dass es auf sie gar nicht mehr ankommt, wenn es unerheblich ist, aus welchen Gründen Eltern ihre Söhne beschneiden lassen. Das Elternrecht allein kann eine hygienisch motivierte Körperverletzung aber nicht rechtfertigen.

Viertens besteht für den bequemen Verzicht auf ein Motiv für die Beschneidung auch gar kein Grund. Denn sofern tatsächlich zwingende kulturelle Gründe geltend gemacht werden – die Gesetzesbegründung verweist hier auf die kulturelle Tradition der Alewitischen Gemeinde – können im Rahmen von Art. 4 GG unter Umständen auch die Gewissensfreiheit oder die Freiheit des weltanschaulichen Bekenntnisses geltend gemacht werden, die ebenso wie die Religionsfreiheit Grundrechtsschutz genießen. Und sofern die Eltern geltend machen, dass die Beschneidung für sie zum wesentlichen Kern ihres Eltern-Kind-Verhältnisses gehört, kann auch das Elternrecht ausreichen, um den Eingriff zu rechtfertigen. Das mag beispielsweise denkbar sein, wenn die Beschneidung den Eltern als essentiell für die persönliche Entwicklung des Kindes erscheint.

Fünftens müssen die Abgrenzungsschwierigkeiten auch nicht zu Problemen in der praktischen Umsetzung führen. Solange die Eltern gegenüber dem die Beschneidung durchführenden Arzt in dem obligatorischen Aufklärungsgespräch glaubhaft darlegen, dass die Beschneidung für sie einem der genannten Motive folgt, muss dieser nicht mit Strafverfolgung rechnen.

Zuletzt zeigen auch ausländische Vorbilder, dass eine Beschränkung auf die religiös-soziale Motivation durchaus üblich ist. In Südafrika besteht für das Beschneidungsverbot bei Kindern unter 16 Jahren eine Ausnahme für die Beschneidung aus religiösen Gründen[89]. Und in Finnland hat das Oberste Gericht entschieden, dass Beschneidungen nicht rechtswidrig sind, wenn sie aus religiösen oder sozialen Gründen durchgeführt werden.

Die Wechselwirkung zwischen der Wertigkeit der Zwecke bei der Ausübung des Elternrechts und dem Eingriff in die physische Integrität fällt in der Abwägung bei allein hygienisch motivierten Beschneidungen somit zu Gunsten des Rechts des Kindes auf körperliche Unversehrtheit aus. Dabei kann auch nicht auf eine mit Kinderimpfungen vergleichbare Situation abgestellt werden. Bei Impfungen besteht zum einen eine auf Grund von Erfahrungswerten höhere Wahrscheinlichkeit eines möglichen Eintritts einer Krankheit und damit ein Gesundheitsrisiko, welches hierzulande durch eine Vorhautbeschneidung nach Auffassung deutscher Mediziner gerade nicht besteht. Darüber hinaus ist der körperliche Eingriff bei der Impfung (z. B. durch Injektion) im Vergleich zur Beschneidung (Entfernung eines Hautstreifens) deutlich geringfügiger. Das Elternrecht, das bei rein hygienisch motivierten Eingriffen nicht durch die Religionsfreiheit verstärkt wird, muss insoweit zurücktreten. Ohne medizinische Indikation kann das betroffene Kind zu einem späteren Zeitpunkt selbst entscheiden, ob es sich aus präventiv-hygienischen Gründen einer Beschneidung unterziehen will.

Trotz dieser Bedenken gegenüber der Gesetzesbegründung erlaubt der neue § 1631 d I 2 BGB eine nach Motiven differenzierte Beschneidungspraxis und damit eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift. Denn nach dieser Vorschrift soll eine Verletzung des Kindeswohls unter Würdigung des „Zwecks" der Beschneidung ermittelt werden. Damit erlaubt die Auslegung des „Zwecks" hinreichend Möglichkeiten zu einer Bewertung der Motive der Beschneidung.

4. Das Gesetzgebungsverfahren

Neben dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung[90] wurde ein weiterer Gesetzesentwurf einer Gruppe von 66 Abgeordneten[91] vorgelegt, der die Beschneidung vor dem 14. Lebensjahr verbieten und danach an die Zustimmung des Kindes binden sollte. Der alternative Gesetzesentwurf ist nicht verfassungskonform[92]. Die Gesetzesbegründung des nicht angenommenen Gesetzesentwurfs weist erhebliche verfassungsrechtliche Fehleinschätzungen auf. So wird in dem Gesetzesentwurf davon ausgegangen, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit per se Vorrang vor dem elterlichen Sorgerecht und der Religionsfreiheit habe[93]. Eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechten ist auch nicht zu erkennen[94]. Ein absolutes Beschneidungsverbot bei Jungen unter 14 Jahren würde zu einem Leerlauf der Religionsfreiheit der Eltern und des elterlichen Sorgerechts führen, da – wie oben ausgeführt – die Eingriffstiefe und die Schwere der Einschränkung der körperlichen Unversehrtheit nicht hinreichend bedeutend ist, um die Grundrechte der Eltern gänzlich zu beschränken.

Zu dem angenommenen Gesetzesentwurf gab es außerdem zwei Änderungsanträge aus den Reihen der SPD-Bundestagsfraktion. Ein Antrag sah u. a. vor, dass ein Arzt die Eltern vor dem Eingriff aufklären muss. Für die Beschneidung sollten allgemeine Standards gelten, eine qualifi-

87 BT-Dr 17/11295, Gesetzesbegr., S. 8.
88 *WHO/UNAIDS*, New Date on Male Circumcision and HIV Prevention: Policy and Programme Implications, Conclusions and Recommendations, 2007.
89 BT-Dr 17/11295,Gesetzesbegr., S. 10
90 BT-Dr 17/11295.
91 BT-Dr 17/11430.
92 So auch die drei Rechtsgutachter vor dem Rechtssausschuss *Heinig* (o. Fußn. 64), *Walter* (o. Fußn. 32), *Radtke* (o. Fußn. 19).
93 BT-Dr 17/11430, S. 7.
94 So auch *Heinig* (o. Fußn. 64), S. 5.

zierte Schmerzbehandlung und Nachsorge sowie eine angemessene und wirkungsvolle Betäubung sollten gewährleistet werden. Außerdem sollte eine Rechtsverordnung die Ausbildung und den Befähigungsnachweis nichtärztlicher Beschneider regeln. Ein weiterer Antrag sah vor, die Frist, innerhalb der der Eingriff von nichtärztlichen Beschneidern vorgenommen werden darf, auf zwei Monate zu verkürzen. Beide Anträge wurden von der Koalitionsmehrheit abgelehnt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber den Änderungsanträgen bestehen nicht. Der erste Antrag ist von dem Bemühen gekennzeichnet, eine stärkere Konkretisierung und damit ein höheres Maß an Rechtssicherheit herbeizuführen. Er hätte eine Konkretisierung der generalklauselartigen Begriffe der „Regeln der ärztlichen Kunst" (Abs. 1)[95] und der Ausbildung der Beschneider (Abs. 2)[96] herbeigeführt[97]. Der zweite Änderungsantrag mit der Verkürzung der Frist auf 14 Tage reagierte auf die von einigen Sachverständigen in der Anhörung geäußerte Kritik.

Insgesamt hat die politische Auseinandersetzung um das Gesetzesvorhaben gezeigt, wie unterschiedlich die Erwägungen sind, von denen sich die Abgeordneten als Teil der Legislative leiten lassen – im Unterschied zu den rein rechtlichen Maßstäben, mit denen möglicherweise später einmal die Judikative über die Verfassungskonformität des Gesetzes entscheiden muss. Ein zentrales wiederkehrendes Argument in den parlamentarischen Verhandlungen waren die möglichen Konsequenzen des Verbots: Wenn man einen seit 4000 Jahren bestehenden Brauch verbieten würde, hätte dies fatale Auswirkungen. Das Ansehen Deutschlands als Verantwortlicher des Holocaust würde dramatisch Schaden nehmen, das muslimische und jüdische Leben würde damit faktisch unmöglich, religiöse Minderheiten würden um die Anerkennung ihrer religiösen Praktiken fürchten müssen und die Emigration von Muslimen und Juden aus Deutschland wäre wahrscheinlich[98]. Bereits in seinem Beschluss vom 19. 7. 2012 betonte der Bundestag, dass jüdisches und muslimisches Leben in Deutschland weiterhin möglich sein solle und demonstrierte damit sein Bemühen, die negativen Folgen eines Beschneidungsverbots in den Vordergrund zu stellen[99].

Es fällt auf, dass sich diese folgenorientierten und außenpolitisch motivierten Erwägungen nur schwer in eine verfassungsrechtliche Prüfung eines Beschneidungsverbots integrieren lassen. Im Sinne der hier vertretenen Auffassung ist die jahrtausendebewährte Praxis ein Indikator dafür, dass es sich um den Kernbestand der Religion handelt und deshalb mit entsprechendem Gewicht in die Abwägung eingeht[100]. Allerdings lassen sich weder die historischen (Holocaust-Vergangenheit) noch die anderen außenpolitischen Erwägungen (Abschreckung und Auswanderung von Juden und Muslimen) in rechtliche Kategorien einordnen.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Der Gesetzgeber hat eine verfassungskonforme Regelung geschaffen, mit der die medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen zulässig und straffrei gestellt wird. Auf Grund der Uneinheitlichkeit der strafrechtlichen Bewertung in der Rechtsprechung ist das Tätigwerden des Gesetzgebers zu begrüßen. Gleichwohl ist eine verfassungsgerichtliche Klärung angesichts der umstrittenen Bewertung im juristischen Schrifttum als auch der überwiegenden Ablehnung der Beschneidung in der öffentlichen Meinung wünschenswert.

Die Kindeswohl-Bestimmung nach § 1666 BGB ist nach jetziger Gesetzeslage der geeignete Anknüpfungspunkt für eine praktische Konkordanz, also für den schonenden Ausgleich der widerstreitenden Grundrechte. Dem trägt auch der neue § 1631 BGB Rechnung, der in Absatz 1 Satz 2 eine Beschneidung dann ausschließt, wenn das Kindeswohl, das § 1666 BGB näher konkretisiert, gefährdet wird. Die Notwendigkeit der praktischen Konkordanz von Grundrechten bei religiös motivierten Eingriffen in andere Verfassungsrechtsgüter stellt den Gesetzgeber aber grundsätzlich vor die Herausforderung, anhand wertender Kriterien die Grenzen von fremdschädigenden Religionsausübungen zu bestimmen. Bestimmungsmerkmale können im Sinne einer Stufenprüfung die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter (erste Stufe) und die Schwere des Eingriffs in Wechselwirkung mit dem Zweck der Religionsausübung (zweite Stufe) sein. Entlang dieser Stufensystematik lassen sich im Einzelfall schützenswerte und nicht schützenswerte religiöse Riten und Bräuche abgrenzen.

Zu den durch die Religionsfreiheit nicht einschränkbaren Rechtsgütern gehören das Leben und die demokratische und dem Rechtsstaat verpflichtete Verfassungsordnung. Beide sind insbesondere über die verfassungsrechtlich garantierte Würde des Menschen und die unter die Ewigkeitsklausel fallenden Grundentscheidungen gem. Art. 79 III i. V. mit Art. 20 GG geschützt. Damit können sich etwa religiös motivierte Ritual- und Ehrenmorde und Selbsttötungen ebenso wenig auf die Religionsfreiheit berufen wie die Rechtfertigung einer Handlung durch die verfassungswidrige Scharia. Da hingegen der Tierschutz trotz der Staatszielbestimmung in Art. 20 a GG nicht zum uneinschränkbaren Kernbestand der Rechtsordnung gehört, konnte die Religionsfreiheit des türkischen Metzgers im „Schächturteil" zu Gunsten des Tierschutzes nicht eingeschränkt werden.

Zu den disponiblen Rechtsgütern gehört auch die körperliche Unversehrtheit, die ein einschränkbares Rechtsgut darstellt. Ob und inwiefern der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bei der Ausübung der grundsätzlich schrankenlos gewährten Religionsausübung hinzunehmen ist, kann nur auf Grund der zweiten Abwägungsstufe – der Schwere des Eingriffs – bestimmt werden. Diese steht in Wechselwirkung mit der Bedeutung des religiösen Brauchs und ermöglicht eine Selektion von nicht hinnehmbaren religiösen Bräuchen. Auf Grund dieser dynamischen Wechselwirkung zwischen dem religiösen Beweggrund und der Eingriffstiefe des betroffenen Rechtsguts kommt der wertneutrale Staat bei fremdschädigenden Religionsausübungen allerdings nicht umhin, die Bedeutung eines Brauchs nach dem religiösen Selbstverständnis zu bewerten. Er kann in seiner Abwägung nicht ausblenden, welche Bedeutung ein religiöser Brauch nach dem individuellen religiösen Selbstverständnis hat. Je größer dessen Bedeutung für das Selbstverständnis der Religionsgesellschaft, umso eher muss seine Ausübung auch zu einer Einschränkung anderer Rechtsgüter führen können.

Die Verstümmelung der Klitoris bei Mädchen wiegt auf Grund der Konsequenzen dieses Eingriffs in die körperliche Integrität so schwer, dass sie – auch angesichts einer geringeren innerreligiösen Verbindlichkeit dieses Brauchs – einen Straftatbestand verwirklicht. Bei der Beschneidung von Jungen treten Beeinträchtigungen nicht in einem Maße und einer

95 Hier wurde von den Gutachtern im Rechtsausschuss die hinreichende Konkretisierung in Frage gestellt, vgl. *Heinig* (o. Fußn. 64), S. 3

96 Ein formelles Verfahren der Beglaubigung der religiösen Autorisierung wurde vom Rechtsgutachter *Heinig* (o. Fußn. 64), S. 5, für sinnvoll erachtet.

97 Zustimmend zu einer Rechtsverordnung auch Rechtsgutachter *Radtke* (o. Fußn. 19), S. 11.

98 Auch unter jenen Beiträgen im Schrifttum, die eine Strafbarkeit der Beschneidung annehmen, wird die Möglichkeit eines Beschneidungstourismus als negative, aber unumgängliche Folge gesehen, ohne daraus Schlüsse für die juristische Abwägung zu ziehen, vgl. *Herzberg*, JZ 2009, 338; *Jerouschek*, NStZ 2008, 319.

99 BT-Dr 17/10331.

100 Das ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der von *Goerlich/Zabel*, JZ 2012, 1061, vertretenen Auffassung, wonach der Grundrechtsschutz abhängig davon ist, ob es sich um eine etablierte oder neue Religion handelt.

Häufigkeit auf, um von einer einschneidenden und nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit sprechen zu können. Trotz vereinzelt auftretender nachteiliger Auswirkungen können diese eine Strafbarkeit bzw. ein Verbot der Beschneidung als einem Grundpfeiler des religiösen Selbstverständnisses im jüdischen und muslimischen Glauben nicht rechtfertigen. Gleichwohl ist sicherzustellen, dass jede Form der Beschneidung möglichst kunstgerecht und schmerzfrei durchgeführt und Restrisiken vermieden werden. In dieser Hinsicht ist der neue § 1631 d BGB verfassungskonform. Schwierig ist der Umgang mit „milden" Formen der religiös motivierten Beschneidung der Klitoris, die hinsichtlich ihrer Auswirkungen mit der Beschneidung der Penisvorhaut vergleichbar ist. Diesen Sachverhalt wollte der Gesetzgeber offenbar nicht gesetzlich regeln. Für diese Fälle kann der neue § 1631 d BGB analog angewendet werden.

Auf Skepsis stößt die Neuregelung insoweit, als dass eine Differenzierung der Motive für die Beschneidung irrelevant sein soll. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollen nach der Gesetzesbegründung Beschneidungen zulässig sein, unabhängig davon, ob es sich um religiöse, kulturelle, soziale oder hygienische Motive handelt. Diese Ausweitung der Beschneidung unabhängig von ihren Motiven überzeugt nicht. Sie trägt nicht dem Umstand Rechnung, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes nur dann hinter das Elternrecht zurücktreten muss, wenn die mit der Beschneidung verfolgten Zwecke hinreichend schutzbedürftig sind. Das ist zu bejahen für religiöse und kulturelle Motive, sofern sie sich aus den Schutzgütern des Art. 4 GG ergeben oder wenn die Beschneidung aus Sicht der Eltern in essentieller Weise das Eltern-Kind-Verhältnis und damit den Kern des Elternrechts betrifft. Zu verneinen wäre es bei der rein hygienisch motivierten Beschneidung. Gleichwohl ist dieses Ergebnis im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des Wortlauts des § 1631 d I 2 BGB darstellbar, da die Vorschrift auf den „Zweck" der Beschneidung abstellt, der für die Ermittlung des Kindeswohls eine Berücksichtigung der Motive der Eltern gestattet. Damit verbleibt zugleich aber auch ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit: Die Würdigung des Zwecks der Beschneidung kann zur Verletzung des Kindeswohls führen – diese Würdigung ist letztlich eine Einzelfallentscheidung und von den individuellen Umständen und Motiven abhängig.